

# A SUPRAESTATALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES: DA TEORIA PONTEANA ÀS PERSPECTIVAS UNIVERSALISTAS CONTEMPORÂNEAS.

---

**Sofia Vilela de Moraes e Silva**

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas e, atualmente, doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Bolsista CAPES.

**RESUMO:** Nesse estudo, é realizada uma análise sobre a teoria ponteana da supraestatalidade dos direitos fundamentais, expondo, em um primeiro momento, o posicionamento do Direito das gentes no que diz respeito ao seu desenvolvimento, sua prevalência em relação ao direito interno e a questão da soberania dos Estados. Em seguida, são expostas as tendências atuais sobre a universalização dos Direitos Fundamentais, enfatizando os desafios a serem vencidos, as novas perspectivas concernentes à democracia, soberania e titularidade desses direitos, e os meios de incorporação e hierarquia dos tratados que versam sobre direitos fundamentais. Por último, é examinado o impacto dos instrumentos internacionais de proteção à criança e ao adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo um contraponto entre a evolução internacional e nacional desses direitos e a aplicação dos tratados no plano interno.

**PALAVRAS-CHAVE:** supraestatalidade, direitos fundamentais, criança.

**ABSTRACT:** In this study, is examined the pontean theory of super-statehood of human rights, displaying, at a first moment, the positioning of the International Right in what it says respect to its development, its prevalence in relation to the domestic law and the question of the sovereignty of the States. After that, the current trends on the universalization of the Human Rights are displayed, emphasizing the challenges, the new perspectives to the democracy, sovereignty and title of these rights, and the ways of incorporation and hierarchy treated them that they turn on human rights. Finally, the impact of the international instruments of protection to the child in the Brazilian legal system is examined, making a counterpoint between the international and national evolution of these rights and the application of the treated ones in the internal plan.

**KEYWORDS:** super-statehood, human rights, child.

## Introdução

Segundo Pontes de Miranda, o Estado supõe duas ordens jurídicas: o Direito das gentes e do Direito interno.

Pode-se conceituar como Direito interno ou Direito estatal aquele realizado pelo Estado, seja para a aplicação intraterritorial, seja para a aplicação extraterritorial. Tal Direito, que constitui o ordenamento jurídico da conduta humana, ligado a cada Estado, incide em certo território ou sobre determinadas pessoas<sup>1</sup>.

O Direito das gentes, em seu turno, “aspira à efetividade universal, conceitua-se como universal e, direito da mais larga esfera jurídica da Terra, exerce a distribuição das competências, fixa os próprios limites, determina a própria intensidade”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Internacional Privado**. Tomo I. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1935, p. 9-10.

<sup>2</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. Tomo I, 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 217.

Entre os conteúdos de princípios do Direito das gentes, encontram-se os direitos fundamentais<sup>3</sup>, os quais ganham efetivamente uma dimensão supraestatal no pós-II Guerra Mundial, com a formulação da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Considerada por Pontes de Miranda como uma das técnicas para proteger os Direitos Fundamentais na ordem constitucional, a supraestatalidade é fundamento de validade para o direito interno e acaba por ser um meio de estabilizar as Constituições.

Esse processo de universalização dos direitos fundamentais permitiu a formação de um sistema internacional de proteção que, concretizado por meio de tratados internacionais, expressa a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional sobre temas centrais relacionados à dignidade humana, na busca de um “mínimo ético irredutível”<sup>4</sup>.

Entretanto, essa busca pela universalização encontra diversos entraves relacionados, principalmente, a choques culturais. É imperioso, contudo, no atual estado de globalização, estabelecer normas válidas universalmente em busca da preservação de direitos que pertencem a toda humanidade.

## 1. Direito das gentes e a supraestatalidade dos direitos fundamentais

### 1.1 Direito das gentes

Atualmente, a expressão “Direito das Gentes”, tão usual na obra de Pontes de Miranda, não é frequentemente utilizada pelos doutrinadores, os quais preferem o termo “Direito internacional” para substituí-lo.

Para Pontes de Miranda o adjetivo “internacional” possui três sentidos distintos. Pode designar “de mais de uma nação”, isto é, “pessoas que pertencem a mais de uma nação ou Estado” (ex: capitalismo internacional, direito internacional privado); pode se referir a algo “interestatal”, ou seja, “dos Estados entre si” (ex: atos internacionais); e pode ser utilizado como sinônimo de “supraestatal”, quer dizer, “que se impõe aos próprios Estados” (ex: direito internacional ou direito das gentes)<sup>5</sup>.

Será exatamente nesse último sentido que nosso estudo irá se ater.

### 1.2 Desenvolvimento do Direito das Gentes

Há de se esclarecer primeiramente que o Direito das gentes não é ordem jurídica posterior ou produzida pelos Estados<sup>6</sup>. Antes desses, os quais são conceitos de elaboração supra-

---

<sup>3</sup> Para Ingo Sarlet, *direitos do homem* seriam os direitos naturais não positivados, *direitos humanos*, os positivados internacionalmente, e *direitos fundamentais* aqueles reconhecidos e guardados pela ordem jurídica interna de cada Estado (**A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 36). Esclarece-se de início que, embora ciente das diferenciações terminológicas, utilizar-se-á apenas a expressão “direitos fundamentais” como sinônimo das demais, a fim de evitar confusões na interpretação do leitor.

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. In: SCHILLING, Maria Luíza Bernardi Fiori (Org). **Caderno de Direito Constitucional. Módulo V**: EMAGIS/4ª Região, 2006, p.9.

<sup>5</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo I. 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 55.

<sup>6</sup> Estado, consoante Pontes de Miranda, “é poder estabelecido em certo território e sobre certa população, com competência derivada, primariamente, da comunidade supra-estatal, ainda que não a exerça sozinho, desde que permaneça em contacto potencial com a ordem jurídica original, que é a do direito das gentes”(MIRANDA, Pon-

estatal, já existiam regras entre as coletividades, de que provêm ou a que sucederam os Estados. Portanto, não se pode dizer que os antigos Estados formaram a comunidade interestatal, eis que a comunidade supraestatal proveio da comunidade que se sobrepunha às coletividades. Embora seja difícil mensurar, com precisão, o nascimento do Direito das gentes, pode-se, entretanto, marcar o período em que se começou a perceber a sua influência e a sua importância.

No século XV, com o fim da Baixa Idade Média, a permanência de feudos e seus poderes locais constituíam entraves ao desenvolvimento do comércio. O sistema feudal não seria capaz de atender aos intuítos da burguesia crescente que aspirava a um poder centralizado capaz de criar regras que sobrepujassem aos poderes regionais e facilitasse o comércio. Paralelamente, os reis europeus almejavam a centralização política como forma de aumentar sua autoridade. Essa conjunção de interesses deu origem às monarquias centralizadas e ao chamado Estado Moderno.

Portanto, com o Estado caracterizado e o início do mercantilismo, o direito que se formava não poderia ser de um círculo só, que não conhecesse limites para sua expansão: era já entre Estados, já era Direito das gentes, envolvente dos Estados.

Hugo Grócio (1585-1645), jurista holandês que contribuiu sensivelmente para o desenvolvimento do direito internacional e do direito natural, defendia regras de prudência, de respeito mútuo, o *modus vivendi*, levando Pontes a caracterizá-lo como “direito das gentes grociano, ético-jurídico, balbuciante”<sup>7</sup>.

Posteriormente a esse desenvolvimento prévio, Pontes de Miranda acrescenta que “por três séculos se continuou na revelação das normas que disciplinassem os Estados, que os mergulhassem na atmosfera jurídica intercalar (...) não ordenando-os, em todo superior, o que seria prematuro, e sim, coordenando-os como se o todo não existisse”<sup>8</sup>.

Somente com o período do Pós II Guerra, após as atrocidades que acometeram o mundo, os Estados começaram a preencher o branco ofertado pela comunidade supraestatal, distribuidora de competências primárias, isto é, começaram a inserir em suas Constituições regras referentes ao Direito das gentes, demonstrando a ampliação de consciência no que concerne às relações interestatais e supraestatais.

Nas Constituições do século XX, o Direito das gentes já se encontra em “grau assaz alto de respeito, de prestígio e de eficiência”<sup>9</sup>. Entretanto, o jurista alagoano ressalta os problemas técnicos que surgem de como se referir e aplicar esse direito.

## 2. Soberania dos Estados

A Teoria Pontea é enfática ao declarar a submissão dos Estados às regras de Direito das gentes. Dessa forma, desapareceria, juridicamente, a noção de independência absoluta dos Estados.

---

tes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo I, 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 309).

<sup>7</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo I. 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 54.

<sup>8</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo I. 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 54.

<sup>9</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo I. 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 83.

Para a Teoria Monista de Alfred Verdross e de Josef L. Kunz, juristas da Escola de Viena, são características do Estado: a subordinação direta ao Direito das gentes e a autonomia constitucional. Pontes faz ressalvas à autonomia constitucional, alertando que esta deve ser entendida como relativa, pois o poder constitucional do Estado deve obedecer aos princípios de Direitos das gentes.<sup>10</sup>

A questão da subordinação do Direito das gentes, inclusive quanto ao poder constitucional, perpassa por uma reformulação do conceito de soberania. Pontes de Miranda assevera que a soberania foi característica do Estado Moderno para atender ao seu tempo. Atualmente, ela não seria mais do que “o branco, deixado pelo direito supra-estatal (...), branco assaz variável no tempo, no sentido da evolução decrescente”<sup>11</sup>. A soberania como poder superlativo é atributo da comunidade supra-estatal; aos Estados cabe o exercício de competência que lhes é dada.

### 3. Prevalência do Direito das Gentes

Em contraposição à idéia da supremacia do Direito das gentes, destacam-se duas teorias que advogam o primado do direito interno: Teoria da Autolimitação e Teoria do Direito Estatal Externo.

A primeira, desenvolvida por Georg Jellineck e aprimorada por Rudoff Von Ihering (influenciado por Hegel), defende que o Estado, ao criar o Direito, acha-se naturalmente subordinado a ele, pois limita o seu poder pela Constituição e pela produção legislativa. Sendo assim, o Direito das gentes só existiria em decorrência da autolimitação do Estado, o que levaria ao afastamento de uma regra de Direito das gentes quando em confronto com as normas estatais.

A Teoria do Direito Estatal Externo – tendo como representantes Max Wenzel e Hans Nawiasky –, também numa perspectiva monista de prevalência do direito interno, compreende que as regras jurídicas estabeleceriam relações de dependência e hierarquia. Assim, o Direito das gentes seria delegação do direito estatal; na verdade, não passaria de um Direito interno que os Estados aplicariam na seara internacional.

Reafirmando que o Direito das gentes deve prevalecer em face do direito interno, Pontes de Miranda vai de encontro às mencionadas teorias, aduzindo que elas só buscaram atender seu momento histórico. Acrescenta que “se o direito das gentes fosse simples direito nacional externo, a desapareição das constituições influiria na sua existência”<sup>12</sup>.

Frise-se ainda que Pontes de Miranda, analisando a questão da técnica de incorporação do Direito das gentes nos textos constitucionais, afirma que a positivação da regra geral do seu respeito nas Cartas Políticas dos países é útil, porque acentua a subordinação do legislador aos princípios do Direito das gentes comum, mas não necessária. O seu caráter seria meramente declaratório, pois não haveria constituição ou criação de um direito novo. Necessário

---

<sup>10</sup> “A autonomia constitucional deve ser perante o direito das gentes. *É essencial que a competência e a autonomia não tenham acima de si, outra ordem jurídica que não seja a da comunidade supra-estatal*”(MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. Tomo I, 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 79).

<sup>11</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 91.

<sup>12</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 89.

seria apenas a repartição da competência dos órgãos do Estado para aplicar e defender o Direito das gentes<sup>13</sup>.

## 4. Direitos fundamentais

### 4.1. A Supraestatalidade dos Direitos Fundamentais

Como expressado, duas ordens jurídicas se estabelecem: a estatal e a supraestatal. Esta última, além de disciplinar a criação dos próprios Estados, prevê também as relações que se firmarão entre eles. Entre os conteúdos de princípios do Direito das gentes, encontram-se os direitos fundamentais.

Pontes de Miranda pronunciou que “é impossível negar o valor e a eficácia da construção axiológica do direito das gentes. Os direitos fundamentais das pessoas de direito das gentes não suportam negação: apenas se precisam ou se co-estreitam no sentido de maior realização do direito justo”<sup>14</sup>.

Dessa maneira, considerada por Pontes de Miranda como uma das técnicas para proteger os Direitos Fundamentais na ordem constitucional, a supraestatalidade é fundamento de validade para o direito interno e acaba por ser um meio de estabilizar as Constituições. Sendo assim, a natureza – a fonte de legitimidade - que tanto se debateu e se debate acerca dos direitos fundamentais, não se buscaria nem em Deus, nem na natureza, nem *a priori*, nem mesmo nas Constituições, mas sim na supraestatalidade, no Direito das gentes.

Os Direitos Fundamentais, portanto, por não se originarem da regra constitucional, valem perante o Estado, cabendo este o papel de definidor de exceções<sup>15</sup>.

Como bem explica George Sarmento, nessa perspectiva de supraestatalidade dos direitos fundamentais, esses direitos são apenas declarados e executórios. A Constituição, na verdade, servirá como meio de declará-los inseridos no ordenamento jurídico, fazendo com que o Estado cumpra seu compromisso internacional firmado acerca de direitos fundamentais no âmbito interno<sup>16</sup>.

Costuma-se dizer que os direitos fundamentais previstos em normas constitucionais são formalmente constitucionais e os previstos em normas supraestatais são direitos materialmente fundamentais. Embora se entenda que Direitos fundamentais supraestatais não pressupõem reconhecimento constitucional para sua incidência, já que pertenceriam à ordem jurídica exterior e acima do Estado, a sua constitucionalização é extremamente importante para se alcançar uma posição ideal das normas de direitos fundamentais.

Tornando-se formalmente constitucionais, as normas supraestatais lograriam uma força vinculante, integrariam o cerne irrestringível, adquiririam aplicação imediata e estariam

---

<sup>13</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 227.

<sup>14</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 223.

<sup>15</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. Tomo IV. 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 624.

<sup>16</sup> SARMENTO, George. **Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional: Reflexões sobre o positivismo científico** de Pontes de Miranda. Mimeo, p. 16.

abarcadas por outras medidas processuais e administrativas protetivas, possibilitando a tal desejada e discutida efetividade social<sup>17</sup>.

## 4.2. Evolução dos Direitos Fundamentais

Pontes de Miranda não nega a historicidade dos direitos humanos, alertando que “foram produtos de evolução jurídica e moral dos povos – de alguns povos – e não de todos os que copiaram textos em que se fala de tais direitos”<sup>18</sup>.

Para ele, a evolução humana dependia da substituição do despotismo estatal pelo crescimento da adaptação social, que seria alcançada pelo equilíbrio entre democracia, liberdade e igualdade na ordem jurídico-constitucional.

Essa idealidade começou a se tornar concreta com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, momento em que foi revelado um conteúdo consensual de direitos humanos que deveriam ser respeitados por todos os países civilizados. Esse foi o marco da dimensão supraestatal dos direitos humanos, ganhando força no pós-II Guerra Mundial, o qual culminou na formulação da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e nas demais Convenções (ex: Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica) que fortaleceram a idéia de supra-estatalização<sup>19</sup>.

Hoje, a supraestatalidade das Declarações de Direito tornam os Estados vigilantes uns dos outros, o atentado a direitos fundamentais na seara interna, atinge toda uma ordem internacional que declarou abomináveis certas situações. É como se o sujeito passivo da violação de direitos fosse, além da vítima direta, toda a comunidade supraestatal.

## 4.3. Tipos de Direitos Fundamentais

Ao invés de dividir tradicionalmente em gerações (dimensões) os direitos fundamentais, Pontes de Miranda prefere falar em técnicas de conteúdo axiológico dos direitos fundamentais. Há, portanto, duas classes: as normas de fundo – associadas ao conteúdo da ordem estatal – e as normas de forma – estabelecem o modo pelo qual a ordem estatal é organizada.

Em relação às normas de fundo, Pontes de Miranda cita como pertencentes a esse grupo a liberdade e a igualdade. Acerca da solidariedade, típico direito de terceira dimensão pela doutrina predominante, Pontes aduz que estes direitos, concernentes a prestações positivas do Estado, são de origem socialística e, à época, escreveu que “tais direitos *ainda* são estatais, intra-estatais; à supra-estatalidade deles ainda não se chegou. (...) Falta-lhe, por vezes, por isso mesmo, a eficiência”<sup>20</sup>.

O advérbio “ainda”, posto em itálico pelo próprio autor alagoano, já demonstrava o prognóstico de Pontes na transformação desses direitos em supra-estatais. George Sarmento, nesse mesmo sentido, buscando atualizar a doutrina ponteana, assevera que a dimensão da solidariedade também advém do princípio da dignidade humana, acrescentando que “a tutela

<sup>17</sup> Nesse sentido: SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito da UFAL**, n. 01. Maceió: Nossa Livraria, jan./dez. 2005, p. 48.

<sup>18</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. Tomo I, 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 339.

<sup>19</sup> SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito da UFAL**, n. 01. Maceió: Nossa Livraria, jan./dez. 2005, p. 29.

<sup>20</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. Tomo IV. 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 629.

de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos impões novos desafios ao neoconstitucionalismo”<sup>21</sup>. É o caso, por exemplo, dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Como norma de forma, tem-se a democracia, único contexto capaz do Estado concretizar os direitos fundamentais.

Dessa maneira, a democracia, a liberdade, a igualdade e a solidariedade, devem se harmonizar e evoluir em uma sociedade, no intuito de assegurar a existência e a coexistência dos próprios homens.

## 5. Perspectivas atuais sobre a universalização dos direitos fundamentais

Analisada a doutrina ponteana voltada à supraestatalidade dos direitos fundamentais, examinar-se-á as teorias contemporâneas em torno da temática, buscando os pontos convergentes e divergentes.

Ressalte-se, outrossim, como afirma o jurista português Vieira Andrade, que os direitos fundamentais podem ser vistos por três dimensões: *perspectiva filosófica ou jusnaturalista* – direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares; *perspectiva constitucional ou estadual* – direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e lugar, ou seja, num Estado concreto; e *perspectiva universalista ou internacionalista* – direitos essenciais das pessoas num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo<sup>22</sup>.

Portanto, será nessa última perspectiva, a qual corresponderia a supra-estatalidade, que se passará a estudar.

### 5.1. Processo de universalização dos direitos fundamentais

Para Norberto Bobbio “os direitos dos homens são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que estas lutas produzem”<sup>23</sup>.

Nesse contexto, o Direito Internacional dos Direitos Fundamentais, como exposto, ganha projeção com o pós-II Guerra, tendo em vista a necessidade de instituir, ao nível da comunidade internacional, mecanismos jurídicos capazes de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos e limitar o poder do Estado. Na verdade, aproveitaram-se os laços formados após o fim da segunda guerra para declarar e constituir um núcleo fundamental de direitos internacionais do homem, mediante a criação de um aparato internacional de proteção desses direitos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinado em Paris em 10 de dezembro de 1948, bem como inúmeras convenções que contêm matéria de direitos fundamentais, inova, segundo Flávia Piovesan, ao introduzir uma concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela *universalidade* - condição de pessoa é o requisito único para a titulari-

---

<sup>21</sup> SARMENTO, George. **Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional**: Reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. Mimeo, p. 18.

<sup>22</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 15.

<sup>23</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32.

dade de direitos - e *indivisibilidade* - a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa<sup>24</sup>.

Vieira Andrade aduz que a Declaração embutiu manifestações fundamentais de princípios inscritos na “consciência jurídica universal”, que, atualmente, seria comum a todos os povos. É como se os direitos fundamentais formassem um “patrimônio espiritual comum da humanidade”, sem os quais os indivíduos perdessem sua qualidade de homens. Sendo assim, não se acolhe mais pretextos econômicos ou políticos para a violação do seu conteúdo essencial<sup>25</sup>.

## 5.2. Democracia, soberania e titularidade

Na mesma linha de Pontes de Miranda, a democracia é vista para os autores contemporâneos, como pressuposto de viabilização dos direitos humanos<sup>26</sup>.

O processo de redemocratização, iniciado em 1985, possibilitou a reinserção do Brasil na seara internacional de amparo aos direitos humanos. Percebe-se que esse processo, ao mesmo tempo em que permitiu a ratificação de relevantes tratados internacionais de direitos humanos, permitiu também o fortalecimento do próprio processo democrático, através do acréscimo e do reforço dos direitos fundamentais afirmados<sup>27</sup>.

Alexandre Coutinho Pagliarini<sup>28</sup> afirma que na construção da Comunidade Internacional (Cosmópolis) pelo Direito Internacional Público (DIP), a Democracia não tem lugar bem definido, tendo em vista que a Sociedade Internacional é “um ‘ente esparso e descentralizado’, desprovido de uma identidade política calcada na nacionalidade de um povo e na soberania de um Estado independente.

Como solução primordial para esse déficit democrático, o autor fala de uma solução centralizadora, a qual prioriza a mudança na Carta da ONU para que seja determinado no próprio documento que as suas normas de DIP tenham força superior as dos Estados nacionais membros das Nações Unidas. Essa posição monista radical, a qual prega a superioridade hierárquica do DIP em relação aos ordenamentos parciais dos Estados, estabeleceria a regra de que “antes de alguém ser cidadão de um país pelo vínculo divisor da nacionalidade, este mesmo alguém seria um potencial cidadão do mundo, com garantias jurídicas para que isso fosse respeitado.”<sup>29</sup>

Atualmente, a maioria da doutrina já defende que os indivíduos são sujeitos de direito internacional. Antes vigorava o princípio da não-ingerência ou *domestic affair*, ou seja, a situ-

---

<sup>24</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. In: SCHILLING, Maria Luíza Bernardi Fiori (Org). **Caderno de Direito Constitucional. Módulo V: EMAGIS/4ª Região**, 2006, p.8.

<sup>25</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 36-37.

<sup>26</sup> Flávia Piovesan diz que “não há direitos humanos sem democracia e nem tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o regime democrático” (Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. In: SCHILLING, Maria Luíza Bernardi Fiori (Org). **Caderno de Direito Constitucional. Módulo V: EMAGIS/4ª Região**, 2006, p. 10).

<sup>27</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 66.

<sup>28</sup> PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Manifesto em favor da Democracia (e dos Direitos Humanos) no Estado Nacional, na Comunidade Internacional e na Sociedade Civil. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 137.

<sup>29</sup> PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Manifesto em favor da Democracia (e dos Direitos Humanos) no Estado Nacional, na Comunidade Internacional e na Sociedade Civil. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 137.

ação dos indivíduos era determinada e resguardada pelo seu Estado, sem que houvesse a legitimidade para intervenção de qualquer outro Estado. Posteriormente, com a abertura de fronteiras, começou-se a discutir que certos direitos fundamentais pertencem a todos os cidadãos de todos os Estados, consagrou-se, portanto, o Princípio do “internacional concern”<sup>30</sup>.

A questão da soberania, como também discorreu Pontes de Miranda, necessita de uma reformulação em um ambiente globalizado. Busca-se, pois, uma relativização do seu conceito, o qual não pode ser mais visto como inerente a um Estado absoluto, mas sim como elemento centrado na cidadania universal.

## 6. Desafios para a universalização

Até agora foi defendida a universalização dos direitos fundamentais como forma de atender às circunstâncias históricas que requerem a instituição de direitos globais que valham para todos os povos e que congreguem os valores da dignidade da pessoa humana.

No entanto, essa missão não é fácil. O mundo agrupa diferentes povos, distintas culturas, díspares opiniões. Sendo assim, o consenso é extremamente difícil. João Maurício Adeodato, ao tratar sobre a dificuldade de universalização de conteúdos éticos através de direito, ressalta que o “direito racionalmente universal pode levar a uma arrogância ética, fundamentalista, ainda que pretensamente civilizada e apresentando indicadores econômicos de grande sucesso”<sup>31</sup>.

Flávia Piovesan<sup>32</sup>, observando esse contexto, enumera sete desafios centrais à implementação dos direitos humanos na ordem contemporânea.

O primeiro deles refere-se à grande disputa doutrinária entre *universalismo e relativismo cultural*. Quem se filia à corrente universalista acredita que os direitos humanos decorrem de uma única fonte: a dignidade humana. Nesta perspectiva, deve existir um mínimo ético irreduzível. Para os relativistas, por sua vez, seria impossível um consenso em torno dos direitos fundamentais, haja vista asseverarem que não há uma moral universal, pois existe uma pluralidade de culturas no mundo e estas elaboram sua própria moral.

Nesse ensaio, defende-se a necessidade de existência de um mínimo ético irreduzível, através, como já expressou Boaventura de Souza Santos<sup>33</sup>, de um diálogo intercultural, com respeito às diferenças e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos.

Portanto, essa posição não há de ser radical e não deve deixar de lado as críticas elaboradas pelos relativistas culturais, como bem expressa Vieira Andrade:

---

<sup>30</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 37.

<sup>31</sup> ADEODATO, João Maurício. A pretensão de universalização do direito como ambiente ético comum. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (Org.). **Direito ao Extremo**: coletânea de estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 176.

<sup>32</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. In: SCHILLING, Maria Lúiza Bernardi Fiori (Org.). **Caderno de Direito Constitucional. Módulo V**: EMAGIS/4ª Região, 2006, p. 12-25.

<sup>33</sup> Boaventura fala ainda da necessidade de uma hermenêutica diapótica, na qual amplie-se ao máximo a consciência de incompletude mútua das culturas através de um diálogo que se desenrola com um pé em uma cultura e outro pé em outra. (SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.257).

Algumas dessas críticas não devem deixar de ser tomadas a sério, não por uma aceitação indiscriminada do relativismo cultural, mas porque, de facto, não há necessariamente uma superioridade moral no grau de tolerância típico das sociedades ocidentais perante determinados fenômenos sociais (como a pornografia, a idolatria do consumo ou a descaracterização da família) – a idéia ‘ocidental’ de direitos fundamentais, se pretende ser universal, tem de enriquecer-se no contacto com outras culturas.<sup>34</sup>

O segundo desafio também se relaciona com questões culturais, trata-se da tentativa de conciliação entre a *laicidade Estatal* e os *fundamentalismos religiosos*. A junção indiscriminada que ainda se faz entre religião, Estado, Direito e moral, típica da Idade Média, implica a adoção de dogmas que inviabilizam um projeto de sociedade aberta, pluralista, democrática e supra-estatal.

O próximo desafio é diminuir as *assimetrias globais*, em busca de efetivação de um *direito ao desenvolvimento*. A universalização de direitos fundamentais só poderá ser efetivada com o equilíbrio econômico e social dos países do globo; caso contrário, persistirão as dominações e explorações que tanto contribuem e contribuíram para a pobreza no mundo subdesenvolvido.

O quarto desafio está associado à *proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais* e os *desafios da globalização econômica*, isto é, as idéias neoliberais não podem impedir que os Estados implementem políticas públicas sociais.

O contraponto entre as *intolerâncias* e o *respeito à diversidade* é o quinto desafio. As exclusões sociais e econômicas, concernentes à classe social, à raça, à orientação sexual, ao gênero, à geração, requerem políticas públicas individualizadas, endereçadas a esses grupos socialmente vulneráveis, a fim de surtirem efeito. Almeja-se, pois, consagrar o princípio da igualdade, mas não somente numa perspectiva de abolição de privilégios ou mesmo igualdade orientada pelo critério sócio-econômico; mas sim, uma igualdade material que reconheça o direito a ser diferente.

O sexto desafio surgiu no pós 11 de setembro, quando se travou o ‘*combate ao terror*’, fragilizando, como conseqüência, a *preservação de direitos e liberdades públicas*. Nesse caso, anseia-se que o clamor pela segurança nacional dos países não seja pretexto para “ataques preventivos”, os quais trazem implicações desastrosas na ordem internacional.

Por fim, e seguindo a mesma linha do sexto desafio, tem-se que superar o obstáculo do *unilateralismo*, marcado pelo poderio de uma única potência mundial, em prol de um *multilateralismo*, no qual haja um fortalecimento da sociedade civil internacional, a partir de uma hospitalidade cosmopolita.

Dessa forma, o caminho é longo em busca da implementação dos direitos humanos em todo o globo; entretanto, as fronteiras já foram rompidas, a comunidade supra-estatal já está concretizada, os problemas universais passaram a ser de todos e as soluções também precisam ser de todos. A preservação de direitos fundamentais não é uma questão de bem-estar, de privilégios concedidos à raça humana, é uma questão racional de sobrevivência, resistência e coexistência.

---

<sup>34</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 34.

## 7. Incorporação e hierarquia dos tratados de direitos fundamentais

A universalização de direitos fundamentais remete à realização desses direitos no âmbito interno. Diversas dúvidas surgem acerca da incorporação e da hierarquia dos tratados de direitos humanos.

Em relação à incorporação, há de se esclarecer primeiramente que vigoram duas posições: uma dualista e uma monista.

A primeira defende que as leis internas vigoram somente na circunscrição estatal; já o direito internacional vigora exclusivamente na ordem externa, de maneira que é indispensável que as normas de Direito das gentes sejam incorporadas ou recepcionadas pela ordem nacional, no intuito de que se abram as portas locais à vigência da norma estrangeira, como verdadeira norma doméstica<sup>35</sup>.

Os monistas, por sua vez, vêem o Direito como uma unidade, ou seja, as normas internacionais e internas fazem parte de um todo. No caso de conflito entre essas normas, há monistas que defendem o primado do direito interno e há aqueles que advogam pela prevalência do direito internacional.

Flávia Piovesan<sup>36</sup>, pensamento que comungamos, alude que a Constituição brasileira de 1988 adotou um sistema misto de incorporação dos tratados internacionais. Para os tratados de direitos humanos, por força do art. 5º, § 1º, CF<sup>37</sup>, aplica-se a sistemática da incorporação automática e, portanto, adota-se a teoria monista. Já em relação aos demais tratados de direito internacional se aplicaria a posição dualista, tendo em vista que precisam, para sua incorporação interna como norma obrigatória, de um ato normativo (decreto expedido pelo executivo) que lhes confira aplicação no plano nacional.

Atualmente, também há diversas discussões em torno da hierarquia dos tratados de direitos humanos, principalmente com o advento do art. 5º, § 3º, CF, instituído pela EC 45/2004. Há os que sustentam a supraconstitucionalidade, a constitucionalidade, a supralegalidade e a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Ainda segundo Flávia Piovesan<sup>38</sup>, também nesse ponto o ordenamento brasileiro faz opção por um sistema diferenciado: enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos fundamentais (art. 5º, §§ 2º e 3º, CF) apresentam natureza de norma constitucional, os demais tratados internacionais apresentam natureza infraconstitucional (art. 102, III, b, CF).

Adverte a referida jurista que o parágrafo 3º do artigo 5º apenas veio a reforçar a constitucionalidade dos direitos humanos já conferida pelo art. 5º, §2º, CF/88, o qual estabelece que todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais. Assim, além de serem materialmente constitucionais, esses tratados também poderão ser formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal, por força do art. 5º, §3º, CF.

A importância de consagrar direitos supra-estatais como direitos constitucionais, a nosso ver, é de extrema importância. Embora Pontes de Miranda, tenha explicitado que não é

---

<sup>35</sup> PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e direito internacional**: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 35.

<sup>36</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 90.

<sup>37</sup> Art. 5º, § 1º, da CF/88 - "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

<sup>38</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 90.

necessária estabelecer nas Constituições a regra geral de respeito aos Direitos das gentes, tendo em vista o caráter declaratório dos direitos fundamentais, esse mesmo autor afirma que “regra explícita quanto à subordinação do legislador aos princípios do direito das gentes comum é de grande utilidade – acentua uma das consequências do primado desse direito”<sup>39</sup>.

Dessa forma, considerar as normas contidas em tratados de direitos humanos - além de supraestatais, no que se refere ao ambiente externo - constitucionais, na seara interna, é prestigiar, consagrar e elevar a relevância desses direitos.

Ressalte-se, outrossim, a importância, destacada por Vieira Andrade, da incorporação dos direitos fundamentais nas Constituições:

Os direitos fundamentais previstos na Constituição são muitas vezes, quanto ao seu conteúdo, mais concretos e específicos. A sua maior proximidade do real, pelo fato de serem normas de aplicação imediata, obriga a formulações mais claras e de mais perfeita intencionalidade, bem como uma interpretação mais densificada. Acresce que os direitos se desdobram em novos aspectos ou mesmo em novos direitos perante a pressão das necessidades práticas de proteção jurídica dos particulares<sup>40</sup>.

Dessa maneira, o autor destaca a importância da consagração dos direitos fundamentais de forma expressa nas Constituições, a fim de que haja uma adaptação positiva desses direitos à realidade da comunidade, buscando, pois, direitos que não sejam meras palavras bonitas, mas sim que possam se efetivar socialmente.

## **8. Instrumentos internacionais de proteção à criança e ao adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**

Foram examinadas nos capítulos anteriores a internacionalização e a universalização dos direitos fundamentais. Passemos agora a analisar especificamente os instrumentos internacionais relacionados à infância e à adolescência que influenciam e se aplicam no ordenamento jurídico brasileiro.

### **8.1. Contexto internacional de proteção**

Como resultado da Revolução Industrial, quando crianças e adolescentes foram incessantemente explorados aos olhos cegos do mundo, iniciou-se um processo de indignação e, conseqüentemente, prevenção e combate ao trabalho infantil.

A exploração dos grandes industriais aos obreiros não tinha limites, porque não havia violação à norma jurídica, ou mesmo, a preceito moral. Na época, vigorava a corrente política do liberalismo clássico, a qual combatia a intervenção estatal.

Sendo assim, o abuso dos patrões era justificado pelos próprios ditames axiológicos enraizados na sociedade européia. A falta de regulamentação, unida com busca enlouquecida pelo lucro, ocasionou uma degradação física e mental daquelas crianças.

---

<sup>39</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 227.

<sup>40</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 39.

Em meio a esse quadro de decomposição da vida dos menores e, ao mesmo tempo, pressão social, os Estados e a comunidade supra-estatal não mais puderam abster-se em interferir na proteção das crianças, dando início à regulamentação jurídica.

A Organização Internacional do Trabalho foi responsável por promover as primeiras discussões em torno da temática da infância e da adolescência, elaborando, desde 1919, diversas Convenções que buscam coibir o trabalho infantil.

Contudo, o título de primeiro instrumento jurídico internacional de proteção aos menores foi dado a Declaração de Genebra dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia da Liga das Nações, em 1924. Todavia, por não possuir força vinculativa aos Estados e por estes não possuírem uma consciência protetiva no trato às crianças e aos adolescentes, não conseguiu lograr amplo reconhecimento pelos países<sup>41</sup>.

Apenas com a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>42</sup>, em 1948, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, verifica-se a evolução na percepção sobre a proteção à criança.

Visando a evitar outro combate nas proporções da II Guerra Mundial, e tomando como alicerce os ideais da Revolução Francesa, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em seu preâmbulo, parte da premissa que somente com o reconhecimento da dignidade de todas as pessoas, alcançar-se-á a liberdade, a justiça e a paz no mundo.

No seu art. 25, §2, estabelece que “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora de matrimônio, gozarão da mesma proteção social”. Portanto, determina, universalmente, que o menor deve ter amparo e cuidados especiais, em face das peculiaridades físicas e psicológicas em que vive.

O arcabouço valorativo construído pela Declaração Universal dos Direitos Humanos serviu de fundamento para a elaboração da Declaração Universal dos Direitos da Criança, a qual, aprovada por unanimidade em 20 de novembro de 1959, deu o passo inicial para a fixação da doutrina da Proteção Integral da Criança, a qual prega, em síntese, o seu interesse superior.

Elencando dez princípios norteadores da infância, a Declaração Universal dos Direitos da Criança traz uma nova visão sobre a temática em foco, conferindo aos pequenos direitos próprios, que, inclusive, devem ser respeitados pelos pais.

---

<sup>41</sup> SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os Direitos da Criança e os Direitos Humanos**. Porto Alegre: safE, 2001. p. 58.

<sup>42</sup> Embora boa parte da doutrina compreenda que as Declarações em geral não possuem força vinculante, concordamos com Sérgio de Souza quando, especificamente sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos da Criança, assevera que a interpretação sistemática dos artigos 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e 53 e 64 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados autoriza a afirmar que “quando um costume internacional ou um princípio geral de direito, se tornam aceitos e reconhecidos pela comunidade internacional, com a especial característica de ser imperativo, não admitindo derrogação a não ser por norma de mesma natureza, estar-se-á frente à uma norma *jus cogens*, ou seja, vinculante em relação a todos os Estados” (SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os Direitos da Criança e os Direitos Humanos**. Porto Alegre: safE, 2001. p. 36). Sobre ainda a força vinculativa da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Jorge Miranda aduz que uns a entende como recomendação, outros como texto interpretativo e ainda há os que a vê como princípio geral de Direito Internacional. O jurista português alude que esse último entendimento é preferível, tendo em vista que “não pode esquecer-se que foi a partir da Declaração Universal que os princípios atinentes aos direitos do homem se difundiram e começaram a sedimentar-se na vida jurídica internacional (...) projetando-se não apenas sobre os Estados membros da ONU como também sobre quaisquer Estados” (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. IV. Coimbra: Coimbra, 1988, p. 203).

A criança não mais é vista como extensão do núcleo familiar, mas sim como sujeito de direitos, merecendo, pois, proteção especial, consoante determina o Princípio Segundo da Declaração, *in verbis*:

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

Sendo assim, a Teoria da Proteção Integral da Criança afirma que os menores possuem os mesmos direitos dos adultos; contudo, devido à sua condição de hipossuficiência e vulnerabilidade, fazem *jus* a uma proteção especial e prioritária.

Essa teoria ganha força e plena aceitação com a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

A Convenção sobre os Direitos da Criança é o instrumento normativo internacional de direitos fundamentais mais aceito na história da humanidade. Foi ratificado por 192 países.

Em seu artigo 3º, a Convenção determina que todas as ações relativas às crianças<sup>43</sup> devem levar em conta, primordialmente, seu melhor interesse. Dessa maneira, e estabelecendo princípios de amparo à infância, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança abraçou a Doutrina da Proteção Integral.

Para uma maior compreensão dessa doutrina, a qual revolucionou a base filosófica para construção das normas jurídicas em torno da criança, vejamos a formulação de Sérgio de Souza<sup>44</sup> sobre o assunto:

Percebe-se, pois, que proteger de forma integral é dar atenção diferenciada à criança, rompendo com a igualdade puramente formal para estabelecer um sistema que se incline na busca pela igualdade material, por meio de um tratamento desigual, privilegiando, à criança, assegurando-lhes a satisfação de suas necessidades básicas, tendo em vista sua especial condição de pessoa em desenvolvimento.

Destarte, após séculos de esquecimento e desamparo com os menores, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças e a Convenção sobre os Direitos da Criança reconheceram os direitos capazes de assegurar vida digna e o pleno desenvolvimento às crianças.

## 8.2. Contexto nacional de proteção

No Brasil, a positivação da temática da infância e da juventude foi concretizada com o Código de Menores de 1927, considerado o primeiro diploma legal de proteção às crianças e aos adolescentes da América Latina, o qual, longe de criar um arcabouço de direitos e garantias aos menores de todas as classes sociais, visou, unicamente, estabelecer diretrizes à infância e à juventude excluídas, no intuito de afastá-las da delinquência.

---

<sup>43</sup> “Art.1 Para efeitos da presente convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes”.

<sup>44</sup> SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os Direitos da Criança e os Direitos Humanos**. Porto Alegre: safE, 2001. p. 75-76.

Somente com a Constituição Federal de 1988, construída através de um processo de mobilização social e restabelecimento da democracia, afasta-se a doutrina da situação irregular e adota-se a doutrina internacional de proteção integral às crianças e aos adolescentes.

A Carta Política de 1988, ao estabelecer um extenso rol de direitos fundamentais, não deixa de lado aqueles relacionados com a infância e a juventude, os quais foram frutos das intensas lutas em nível internacional e nacional.

O artigo 227, da Carta Magna de 1988, dispõe *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Infere-se, pois, que a Carta Maior aclara os princípios protetores dos menores, construindo o direito fundamental da criança e do adolescente ao não trabalho e à integridade física, reconhecendo, definitivamente, o direito à preservação da dignidade humana dos menores e a posição especial que os mesmos se encontram no processo de desenvolvimento humano.

O reconhecimento efetivo desses direitos é corroborado com o surgimento da Lei 8.069/1990, o famoso Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual nasce em um contexto histórico em que o Brasil, internacionalmente, ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>45</sup> e, nacionalmente, promulgou a Constituição Democrática de 1988.

O ECA reconhece como base doutrinária, em seu art. 1º, a proteção integral à infância e juventude, afirmando novamente, como fez a Constituição de 1988, os direitos da criança e do adolescente e, paralelamente, estabelecendo os instrumentos adequados à concretização desses direitos dentro da realidade brasileira.

Portanto, o Estado brasileiro não pode se eximir, seja por uma legislação internacional acolhida internamente, seja pelos próprios ditames constitucionais, de assistir os menores que se encontram em situação de desproteção.

### **8.3. Utilização dos tratados de direito internacional no plano interno**

Já aludimos ao tratamento diferenciado aos tratados<sup>46</sup> de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que estes almejam a salvaguarda dos direitos do ser humano.

Passemos agora a verificar o impacto dos tratados relacionados à criança e ao adolescente no sistema nacional. Para a referida análise, parte-se da premissa que o conteúdo dos tratados de direitos humanos pode meramente reproduzir direitos assegurados pela Constitui-

---

<sup>45</sup> A Convenção sobre os Direitos das Crianças foi promulgada em 21 de novembro de 1990, através do Decreto nº 99.710.

<sup>46</sup> Segundo a Convenção de Viena sobre Tratados Internacionais, “tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. Dessa maneira, as denominações Protocolo, Convenção, Acordo Internacional, Carta, Pacto e Convênio podem ser sinônimos de Tratado.

ção, reforçando o seu valor jurídico<sup>47</sup>; pode inovar e ampliar o universo de direitos de direitos constitucionalmente positivados<sup>48</sup>; e pode ainda contrariar norma constitucional quando esta for menos favorável à proteção do indivíduo<sup>49</sup>.

Em relação aos dois primeiros pontos não há divergências, eis que de certa forma o direito internacional coincide com o direito interno. O debate ganha força no terceiro ponto, isto é, a possibilidade de termos uma teoria monista com prevalência do direito internacional<sup>50</sup>.

Acerca dos tratados de direitos da criança e do adolescente não há grandes contrariedades, haja vista que o Brasil resolveu acolher os preceitos internacionais de proteção. Servindo aqueles para preenchimento de lacunas apresentadas pelo Direito brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal já utilizou tratados de direitos humanos para assegurar a preservação da proteção integral à criança e ao adolescente.

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 81.158 (Rio de Janeiro; Primeira Turma – 14.05.2002; Relator: Min. Ilmar Galvão; Relatora para o Acórdão: Min. Ellen Gracie), no intuito de afastar os obstáculos à prisão preventiva nos termos do art. 41 da Convenção de Viena sobre relações Consulares, o STF indeferiu *habeas corpus* de cônsul de Israel no Rio de Janeiro, determinando sua prisão preventiva pelo crime de pornografia infantil previsto no artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Ministra Ellen Gracie conseguiu votos favoráveis à prisão preventiva, a qual estava sendo rejeitada pelo relator por não considerar o crime de natureza grave, ao citar a existência de diversos diplomas protetivos da infância subscritos pelo Brasil, como a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), a Convenção dos Direitos da Criança (1989), 45ª Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, a Declaração pelo Direito da Criança à sobrevivência, à proteção e ao desenvolvimento, a Convenção de Nova York sobre os direitos da Criança e a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

O julgamento do HC 70.389<sup>51</sup> (São Paulo; Tribunal Pleno – 23.06.1994; Relator: Min. Sydney Sanches; Relator para o Acórdão: Min. Celso de Mello) pelo STF também ressaltou os compromissos internacionais. Nesse processo, foi cassada decisão do STJ, declarando a constitucionalidade do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente e determinando a competência da Justiça Comum por crime de tortura cometido por Policial Militar contra menor.

---

<sup>47</sup> Art. 34 da Convenção sobre os Direitos da Criança: “Os Estados Partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual”. Art. 227 da CF “§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

<sup>48</sup> Art. 38 da Convenção sobre os Direitos da Criança:

“1 – Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a fazer com que sejam respeitadas as normas do direito humanitário internacional aplicáveis em casos de conflito armado no que digam respeito às crianças.  
2 – Os Estados Partes adotarão todas as medidas possíveis a fim de assegurar que todas as pessoas que ainda não tenham completado 15 anos de idade não participem diretamente de hostilidades.

3 – Os Estados Partes abster-se-ão de recrutar pessoas que não tenham completado 15 anos de idade para servir em suas forças armadas. Caso recrutem pessoas que tenham completado 15 anos, mas que tenham menos de 18 anos, deverão procurar dar prioridade para os de maior idade”.

<sup>49</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 106.

<sup>50</sup> É o caso da discussão da possibilidade da prisão civil do depositário infiel em face da ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

<sup>51</sup> EMENTA: tortura contra criança ou adolescente - existência jurídica desse crime no direito penal positivo brasileiro - necessidade de sua repressão - Convenções Internacionais subscritas pelo Brasil - previsão típica constante do estatuto da criança e do adolescente (lei nº 8.069/90, art. 233) - confirmação da constitucionalidade dessa norma de tipificação penal - delito imputado a policiais militares - infração penal que não se qualifica como crime militar - competência da justiça comum do estado-membro - pedido deferido em parte.

O Ministro Celso de Mello, à época, entendeu que o art. 233 (atualmente esse dispositivo já passou por reformulação) tratava-se de preceito normativo que encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado. Dessa maneira, ressaltou o Ministro que a tipicidade do crime de tortura contra criança e adolescente apenas reforça a fidelidade do Estado brasileiro aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969).

Portanto, verifica-se que os tratados de direitos fundamentais são essenciais para integrar, complementar e reforçar a interpretação das normas nacionais em benefício das crianças e dos adolescentes.

Por fim, ressalta-se a importância da existência de tratados internacionais que influenciam mudanças positivas no ordenamento jurídico nacional.

Um exemplo da importância dos tratados internacionais para pressionar os países e assegurar direitos fundamentais da criança e do adolescente encontra-se na Convenção n. 138 da OIT, de 1973, que trata sobre a idade mínima de admissão ao emprego. Essa Convenção determina, no geral, que a idade mínima “não será inferior à idade de conclusão da escolaridade compulsória ou, em qualquer hipótese, não inferior a quinze anos”.

O Brasil, quando promulgou a Constituição de 1988, previa a idade mínima de 14 anos para o trabalho infantil, possibilitando para os maiores de 12 anos a atividade de aprendizagem. Contudo, o grande avanço constitucional firmou-se com a promulgação da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, a qual alterou o inciso XXXIII, do art. 7º da CF/88, elevando para 16 anos a idade mínima para o trabalho infanto-juvenil, bem como aumentando para 14 anos a idade mínima para o regime de aprendizagem.

Dessa forma, o Brasil, o qual aprovou por meio de Decreto Legislativo de 14 de dezembro de 1999 o texto da mencionada Convenção, adaptou-se aos ditames internacionais para consagrar direitos à infância e juventude.

## Conclusão

Como visto, a supraestatalidade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente ganharam força, como a maioria dos demais direitos relacionados à dignidade da pessoa humana, no Pós Segunda Guerra. Nesse momento, o homem ocidental finalmente se deu conta que a comunidade internacional deveria estabelecer e preservar direitos fundamentais que valessem, não somente perante os Estados, mas também perante os outros cidadãos e perante a própria comunidade supra-estatal.

Buscou-se, assim, preservar direitos que tenham como titulares grupos humanos e não mais o homem individualmente. O direito à paz, o direito a um meio ambiente saudável, bem como os direitos da criança e do adolescente são exemplos dos chamados direitos de solidariedade, enquadrando-se como direitos fundamentais de terceira dimensão. Possuem implicações universais, transindividuais, exigindo esforços e responsabilidades em escala mundial para sua efetivação<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 58-59.

A própria natureza desses direitos exige que sejam regulados e reconhecidos pela comunidade supra-estatal, pois sua efetivação requer empenho global. Como, por exemplo, preservar a camada de ozônio, senão exigindo atitudes de todos os Estados; como combater o tráfico sexual de crianças e adolescentes ou mesmo o turismo sexual, sem haver instrumentos internacionais que estabeleçam sua vedação.

Dessa forma, não há como negar que certos direitos necessitam se universalizar para surtir efeitos. Acrescente-se que a dificuldade por um consenso não somente advém das diferenças culturais do mundo oriental, o próprio “líder” ocidental, os Estados Unidos, com um falso discurso democrático, teima em não assinar tratados ambientais, permanece invadindo países sem autorizações internacionais, continua sendo um dos dois países (o outro é a Somália) que não ratificaram a Convenção sobre os Direitos das Crianças, sob o pretexto, nesse último caso, de invasão do Estado na vida familiar e perda da autoridade paterna<sup>53</sup>.

Portanto, o desafio é longo. A supraestatalidade tem sua importância de mola impulsionadora e de fiscalizadora dos direitos fundamentais, mas cabe também aos Estados individuais acolherem os ditames internacionais e elaborar suas normas pautadas na sua realidade social, buscando a máxima efetividade.

No caso dos direitos das crianças e dos adolescentes, tem-se que a supraestatalidade foi crucial para delimitar as normas de proteção no âmbito interno brasileiro. A doutrina da proteção integral da criança, difundida a nível internacional, foi acolhida pelo legislador brasileiro, o qual não se eximiu do compromisso internacional. Obviamente, a questão da efetividade dessas normas, requer outra exposição.

Destarte, o desafio de universalizar os direitos fundamentais deve vencer autoritarismos, culturas, morais, religiões, sistemas econômicos. A universalização, a nosso ver, não é questão de escolha, é questão de sobrevivência da raça humana. Obviamente esse processo não pode ser imposto por uma cultura ocidental, até porque ela é apenas um ponto de vista; deve ser dialogada.

### Referências Bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. A pretensão de universalização do direito como ambiente ético comum. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (Orgs.). **Direito ao Extremo: coletânea de estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 167-176.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. Tomo I, 2 ed. São Paulo: RT, 1970.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. Tomo IV, 2 ed. São Paulo: RT, 1970.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Internacional Privado**. Tomo I. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1935.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

---

<sup>53</sup> SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os Direitos da Criança e os Direitos Humanos**. Porto Alegre: safE, 2001. p. 63.

\_\_\_\_\_. Manifesto em favor da Democracia (e dos Direitos Humanos) no Estado Nacional, na Comunidade Internacional e na Sociedade Civil. In: Clèmerson Merlin Clève; Ingo Wolfgang Sarlet; Alexandre Coutinho Pagliarini. (Org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 133-143.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. In: Maria Luiza Bernardi Fiori Schilling (Org). **Caderno de Direito Constitucional. Módulo V: EMAGIS/4ª Região**, 2006.

\_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.239-277.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito da UFAL**, n. 01. Maceió: Nossa Livraria, jan./dez. 2005.p. 17-90.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional**: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. Mimeo.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os Direitos da Criança e os Direitos Humanos**. Porto Alegre: safe, 2001.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004.